القضاء المستعجل
في
الفقه ونظام المرافعات الشرعية

إعداد

د/ موسى بن علي فقيهي

عميد كلية الشريعة بجامعة الملك خالد بأبها




الله
بسم الله الرحمن الرحيم



مقدمــــة

الحمد لله القائل :﴿وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين . ففهمناها سليمان وكلا ءاتينا حكماً وعلماً..﴾[(١)]، وصلى الله وسلم على رسوله القائل:«إن الله يحب البصر النافذ عند ورود الشبهات، ويحب العقل الكامل عند حلول الشهوات»[(٢)]، ورضي الله عن صحابته أجمعين وعن التابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فالسياسة القضائية في الدولة الإسلامية كما اهتمت بكيفية تنظيم القضاء، ووضع الأجهزة الخاصة به، واختيار القضاة، وبيان ما يشترط فيهم، وما يخضعون له من أحكام، اهتمت أيضاً: بإجراءات التقاضي والتنفيذ، موضحة اختصاص المحاكم، وتنوعها عند الحاجة إلى ذلك، وهو ما يعرف في المصطلح الحديث: **بنظام المرافعات**.

ولكون هذه الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، ومن أصولها المعتبرة الأخذ بالمصالح المرسلة التي لم يشهد لها نص خاص بالإلغاء أو الاعتبار، ومن مقاصدها حفظ حقوق الأمة ومصالحهم، ومنها الأموال ودفع الظلم عن المظلوم اقتضت تلك المصلحة، وهذا المقصد سن ما يعرف بنظام القضاء المستعجل، لتوفير الحماية القضائية لمن يتضرر ببطء الإجراءات القضائية المعتادة.

وقد عنون هذا البحث بـ « **القضاء المستعجل في الفقه ونظام المرافعات الشرعية** »

وقد جعلته في تمهيد وسبع مسائل على النحو الآتي:

---

(١) سورةالأنبياء الآيتان/ ٧٨، ٧٩.

(٢) هذا جزء حديث رواه الشهاب القضاعي في مسنده(٢/ ١٥٢)عن عمران بن حصين رضي الله عنه يرفعه إلى النبي ﷺ بهذا اللفظ.واستشهد به شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى في عدة مواضع منها:ما في (٢٠/ ٥٨)و(٢٨/ ٢٥٨)و(٢٩/ ٤٤) وقال في الموضع الأخير«حديث مرسل».

التمهيد

ويشمل:

ـ تعريف القضاء المستعجل.

ـ والأسباب الداعية لسرعة نظر القضايا.

ـ والإجراءات التي جعلها النظام للتقاضي وتأصيلها الفقهي.

وأما المسائل فهي كما يلي:

المسألة الأولـــى : دعوى المعاينة لإثبات الحالة.

المسألة الثانيـــة : دعوى منع التعرض للحيازة ودعوى استردادها.

المسألة الثالثـــة : دعوى المنع من السفر.

المسألة الرابعـــة : دعوى وقف الأعمال الجديدة.

المسألة الخامسة : دعوى طلب الحراسة.

المسألة السادسة : الدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية.

المسألة السابعـة : الحجز التحفظي.

وقد بذلت جهدي مع ضيق الوقت في ربط ما ذكر من مواد النظام ولائحته التنفيذية المتعلقة بالموضوع بالفقه، فتمكنت من ذلك فيما ظهر لي في بعض القضايا دون بعض.

وقد حرصت على ذكر أصل المسألة ما أمكن ذلك، وذكر ما يشهد لها من نظائر وأشباه في كلام الفقهاء دون تعرض لخلاف الفقهاء إلا في مواضع يسيرة عرضاً لا قصداً، كما أنني عمدت إلى التركيز على التوثيق من الدرجة الأولى وهو التوثيق بذكر النص من كلام الفقهاء الذي أرى أنه يشهد لما ورد في النظام.

فإن وفقت في ذلك فمن الله تعالى، وإن كانت الثانية فمني ومن الشيطان وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

تعريف القضاء المستعجل وتكييفه الشرعي:

لا يتسع المقام لتعريف القضاء لغة واصطلاحاً، ولذا سأقتصر على تعريف القضاء المستعجل دون تعريفه من حيث هو.

ومصطلح القضاء المستعجل بهذا اللفظ لم أطلع عليه في كتب المتقدمين من الفقهاء، وقد عرفه بعض المعاصرين ممن صنف في نظام المرافعات بتعاريف وإن اختلفت في اللفظ لكنها متفقة على الغاية منه والمقصد، وهي : أنه قضاء وقائي يكفل للخصوم حماية مصالحهم دون مساس بأصل الحق.

فمنهم من عرفه بأنه: «الفصل في المنازعات التي يخشى عليها فوات الوقت فصلاً مؤقتاً لا يمس أصل الحق، وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقتي ملزم بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة، واحترام الحقوق الظاهرة، أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين»[١].

ومنهم من عرفه بأنه:«توفير الحماية الوقتية العاجلة لحقوق الخصوم ومصالحهم دون المساس بأصل الحق»[٢].

ومنهم من قال هو: «وجه متميز من الحماية القضائية، تنهض أساساً لمواجهة خطر التأخير في منح الحماية القضائية الموضعية، والذي يترتب عليه أضرار قابلة للاستنفاذ بطبيعتها، وتهدف إلى توفير حماية عاجلة لمن يبدو للوهلة الأولى أنه صاحب الحق الظاهر، وتؤدي دورها عن طريق ممارسة الحماية القضائية الموضوعية لدورها»[٣].

فهذه التعاريف وإن اختلفت من حيث اللفظ وتباينت إيجازاً وإطناباً لكنها تتفق على مقصد واحد لهذا النوع من القضاء وهو: توفير الحماية العاجلة لما يخشى عليه الفوات بالتأخير.

(١) دراسات في قانون المرافعات (١/ ٢٦٩).

(٢) الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية(٣٨٤/ ٣٨٥).

(٣) أصول وقواعد المرافعات(٦٦٢/ ٦٦٣).

وإذا أردنا أن نكيفه شرعاً نجده نوعاً من الاختصاص القضائي، تقتضيه المصلحة ويحدده المولي، ولقد ظهرت في عهد عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنواع متعددة من الاختصاص القضائي فمن ذلك قوله للسائب بن يزيد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أكفني صغار الأمور فكان يقضي في الدرهم والدرهمين»[(١)]، مع أن لفظ «صغار الأمور» يتناول ما كان قيماً كالدراهم وغير ذلك[(٢)].

وهذا القاضي أبو يعلى الحنبلي يقول: «فإن قلد (أي الإمام) قاضيين على بلد نظرت فإن رد إلى أحدهما نوعاً من الأحكام وإلى الآخر غيره، كرد المداينات إلى أحدهما والمناكح إلى الآخر فيجوز ذلك، ويقتصر كل واحد منهما على النظر في ذلك الحكم في البلد كله»[(٣)].

ومثله قال القاضي الماوردي[(٤)].

وفي الفروق للكرابيسي: «القضاء مما إذا خص اختص به، بدليل أنه لو خص ببلد اختص به، فكذا إذا خص شخص أو نوع اختص به»[(٥)].

وقال ابن نجيم: « القضاء يجوز تخصيصه وتقييده بالزمان والمكان، واستثناء بعض الخصومات»[(٦)].

الأسباب الداعية لسرعة نظر القضايا:

الأصل في نظام فصل الخصومات في الشريعة الإسلامية هو: سرعة الحسم،

(١) الأثر رواه الهيثم في مجمع الزوائد(٤/ ١٩٦)باب استنابة الحاكم عن السائب بن يزيد بهذا اللفظ ثم قال«رواه الطبراني في الكبير والأوسط وفيه ابن لهيعة وفيه ضعف،وحديثه حسن وبقية رجاله رجال الصحيح». وأخرج نحوه في نفس الموضع عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ ثم قال«رواه أبو يعلى وقال رجاله رجال الصحيح». وانظر: أخبار القضاة(١/ ١٠٥-١٠٦) فقد أخرجه بسنده عن السائب بن يزيد، وبهذاللفظ أيضاً.

(٢) انظر الاختصاص القضائي ص/ ١٠٢/ ١٠٣.

(٣) الأحكام السلطانية لأبي يعلى(٦٩).

(٤) انظر الأحكام السلطانية للماوردي(٧٣).

(٥) الفروق للكرابسي (٢/ ١٦٤).

(٦) الأشباه والنظائر (٢٣٠).

فالمعروف أن النبي ﷺ كان يحكم في الخصومة في نفس مجلس القضاء دون تأخير، بدليل قصة الزبير وحميد الأنصاري في شراج الحرة[(١)]،وقصة كعب بن مالك وابن أبي حدرد[(٢)]،فلما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية وكثرت المنازعات تبعاً لذلك اقتضى ذلك ولاة الأمر أن يستحدثوا طرقاً وأساليب تهدف إلى تحقيق المقاصد الشرعية من القضاء، ولاتتعارض مع نصوص الشريعة بل هي من شواهد صلاحيتها لكل زمن ومكان.

فذاك معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه لما رأى جرأة الناس على القتل واستهانتهم بالدماء مما أدى إلى كثرة الجراح فيما بينهم بعد معركتي الجمل وصفين أحدث نوعاً من الاختصاص القضائي وهو :«قضاء الجراح»[(٣)].

وهذا عمر بن عبد العزيز ـ رحمه الله تعالى ـ يقول:«يحدث للناس من القضاء بقدر ما أحدثوا من الفجور»[(٤)].

---

(١) أخرج هذا الحديث البخاري في كتاب المساقاة، باب سكر الأنهار، حديث رقم(٢٣٥٩)ص/ ٤٣٤ عن عبدالله بن الزبير ـ رضي الله عنهما ـ بلفظ«أسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك،فغضب الأنصاري فقال أن كان ابن عمتك؟فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال أسق يازبير ثم أحبس الماء حتى يرجع إلى الجدر». وأخرجه مسلم في كتاب الفضائل باب وجوب اتباعه ﷺ حديث رقم(٣٧١٠) ص(٩٥٩) عن عبد الله ابن الزبير أيضاً، وبمثل اللفظ السابق، وجاء فيه «أن المخاصمة كانت في شراج الحرة التي يسقون بها النخل».

(٢) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الصلح باب الصلح بالدين والعين، حديث رقم (٢٣٥٧) ص(٥١٧) عن كعب ابن مالك رضي الله عنه بلفظ«ياكعب فقال لبيك يارسول الله فأشار بيده أن ضع الشطر،فقال كعب قد فعلت يارسول الله ، فقال رسول ﷺ قم فاقضه». وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة باب وضع الجوائح،حديث رقم(١٥٥٨)عن كعب بن مالك أيضاً وباللفظ السابق.

(٣) لم أقف على هذا الأثر فيما اطلعت عليه من كتب الفن، وقد أورده صاحب كتاب الاختصاص االقضائي ص(١٩٥/ ١٩٦) نقلاً عن كتاب رفع الإصر عن قضاة مصر لا بن حجر،القسم الثاني ص(٢٥٤).

(٤) هذا القول يؤثر عن عمر بن عبد العزيز، وبعض العلماء ينسبه إلى الإمام مالك، ويظهر أنه من قول عمر بن عبد العزيز وأن مالكاً استحسنه وشهره كما قال بعض العلماء، وقد ذكر الزرقاني في شرحه(٢/ ١٠) أن أصله حديث عائشة رضي الله عنها في منع النساء من المساجد، وانظر فتح الباري(١٣/ ١٤٤).

لما سبق يظهر لي: أن من الأسباب الداعية إلى سرعة نظر القضايا« القضاء المستعجل» مايلي:

أولاً: كثرة المنازعات نتيجة ضعف الوازع الديني.

ثانياً: كثرة المعاملات التجارية، والعقود بمختلف أنواعها، والتوسع في إستخدام الأجير الخاص والأجير المشترك، إلى غير ذلك نتيجة لازدهار الوضع الاقتصادي في البلاد في هذا العصر.

ثالثاً: جرأة الناس على أكل بعضهم أموال بعضهم الآخر بالباطل، وسلوك أساليب متنوعة، وحيل كثيرة للوصول إلى ذلك.

رابعاً: تحقيق بعض مقاصد الشريعة من القضاء، وهو إيصال الحقوق إلى أصحابها.

خامساً: سد ذريعة الفساد والخروج على الأنظمة المؤدي إلى الشغب وإلى الهرج والمرج.

الإجراءات التي جعلها النظام للقضاء المستعجل ومنها ما يلي:

اولاً: ما جاء في اللائحة رقم(٢٣٣/ ١) : من أن رفع الدعوى المستعجلة..يكون بصحيفة وفق المادة (٣٩) التاسعة والثلاثين، وجاء في تلك المادة (٣٩):«تشتمل صحيفة الدعوى على البيانات الآتية:

أ ـ الاسم الكامل للمدعي، ومهنته ووظيفته ومحل إقامته وسجله المدني... إلخ.

ب ـ الاسم الكامل للمدعى عليه ومهنته ووظيفته ومحل إقامته وسجله المدني..إلخ.

ج ـ تاريخ تقديم الصحيفة.

د ـ المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى.

هـ ـ محل إقامة مختار للمدعي في البلد التي بها مقر المحكمة إن لم يكن له محل إقامة فيها.

و ـ موضوع الدعوى وما يطلبه المدعي وأسانيده ».

ثانياً: ما جاء في اللائحة رقم(٢٣٣/ ٣):«تضبط الدعوى المستعجلة بعدد مستقل..إلخ.

ثالثاً: ما جاء في اللائحة رقم(٢٣٥/ ٢) : «يكون التبليغ(أي للمدعى عليه)بالطرق المعتادة إلا في حال نقص الميعاد عن أربع وعشرين ساعة..إلخ».

رابعاً:ما جاء في اللائحة رقم(٢٣٥/ ٥):«لايلزم المدعى عليه في الدعاوي المستعجلة إيداع مذكرة بدفاعه وفق المادة(٤١)».

خامساً: ما ورد في اللائحة رقم(٢٣٦/ ٤):«التعويض للممنوع من السفر يقدره القاضي..»مع ما جاء في(٢٣٦/ ٥) :«يقدم المدعى التعويض الذي حدده القاضي بشيك مصرفي محجوز القيمة باسم رئيس المحكمة يودع في صندوق المحكمة».

والناظر في هذه الإجراءات يجد ما يلي:

أولاً: أن أصلها هو المصلحة المرسلة كغيرها من الأنظمة الأخرى التي لاتتعارض مع نصوص الشرع، بل تؤيدها مقاصد الشريعة الكلية لما تهدف إليه من حفظ الحقوق، وسرعة إيصالها إلى أصحابها ورفع المظالم.

ثانياً: ما جرى به عرف القضاء في العصور الأولى، وما يجري في زماننا الحاضر في كثير من الأقطار الإسلامية مما يشهد لجواز الأخذ بهذه الإجراءات على سبيل الجملة، لما لها من أثر في تحديد المسؤوليات وقطع شغب الخصوم، وتبيين الحق.

وقد ذهب ابن عاشور ـ رحمة الله ـ إلى أبعد من ذلك حيث قال في قوله ﷺ: «إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع»[1] :«ففي هذا الحديث دلالة على أن طرق إظهار الحق

(١) الحديث الذي أخرجه البخاري في كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، حديث رقم(٧١٦٩)ص(١٣٦٨) عن أم سلمة رضي الله عنها بهذا اللفظ. وأخرجه مسلم في كتاب الاقضية،باب الحكم بالظاهر راللحن بالحجة، حديث رقم(١٧١٣)ص(٧١١) عن أم سلمة رضي الله عنها باللفظ السابق أيضاً.

مـخـتلفـة، وأن تلقي القـاضـي أسـاليـب المرافـعـة أحـسنه مـا أعـانـه على تبين الحق»[1].

ثم قال: «ولقد كانت طرق المرافعات في عهد الـنبوة وما يليه بسيطة جداً، فقد كان الناس يومئـذٍ مختلقين بالتقوى والصـدق والطاعة لولاة أمورهم... ثم إن الناس اجترأوا على الحـقوق تدريجياً، وابتكروا تحيلات... واستـباحوا النكاية بخـصومهـم وإثارة الشـغب، وكتمـوا أشيـاء في النوازل ليتـوصلوا إلى تعطيل تنفيذ الأحكام عند صـدورها... فأخذ القـضاة والعلمـاء يجعلون أسـاليب في إجـراء الخـصومـات لقطع الـشـغب وتحـقـيق الحق... وقـد قـال عـمر بن عـبـد العزيز:«تحدث للناس أقضية بقدر ما أحثوا من الفجور». ثم أضيفت إلى ذلك ضوابط مفصلة في كتب النوازل»[2].

قلتُ: والأمر كمـا قال، فذلك هو تحقـيق المناط أو التوصيف الفقـهي لهذه الإجراءات على سبيل الإجمال.

وأما على سبـيل التفصيل فقل أن تخلو طريقة من طرق إجـراء المرافعات الواردة في النظام من شاهد لها من قول أو فعل أو عمل فقهاء الإسـلام وقضاته.

فما جـاء في اللائحة(٢٣٥/ ٢) من تبليغ المدعى عليه وأنه يكون بالـطرق المعتادة إلا في حال نقص الميـعاد عن أربع وعشرين سـاعة، فقد تكلم فـقهاء الإسلام وقـضـاته عن ذلك تحت عنوان:«العـدوى بقبـول المدعي»وأطنب ابن مـازه في شرح أدب القـاضـي في ذلك.

واستدل بعض العلماء لذلك بالاستحسان المبني على الآثار،ومنها: فعله ﷺ حين استعداه رجل من أراش على أبي جـهل، وقد باعـه إبلاً فمـطله أبو جـهل، فـذهب معـه النبي ﷺ

(١) مقاصد الشريعة ص(١٩٥).

(٢) المرجع السابق ص(٢٠٢/ ٢٠٣).

إلى أبي جهل فوفاه حقه»[(١)]، قال السمناني وقد ذكر القصة«وهذا الخبر قد دل على جواز العدوى بقول الخصم»[(٢)].

وقد فعل ذلك عمر رضي الله عنه[(٣)].

وأما ما جاء في اللائحة(٢٣٦/ ٥): « يقدم المدعي التعويض الذي يحدده القاضي بشيك مصرفي... ويودع في صندوق المحكمة» فكما تدل المصلحة على جواز هذا الإجراء، ليمكن أيضاً أن يستأنس له بما قاله صاحب تهذيب الفروق والقواعد السنية: «لكن حكى ابن ناجي الاتفاق على أن هذا(أي:توقيف المدعى فيه بمجرد الدعوى) إن صح مستنده (لعل قصده:الاستحسان) ففيه ما لايخفى من الإخلال بحق المطلوب والمحافظة على حق الطالب، فإن كان ولابد فينبغي: أن يضع قيمة كرائها(أي الدار الموقفة) أيام الذهاب والإيقاف زيادة على قيمتها، فإن لم يثبت شيئاً أخذه المطلوب، لأن هذا قد اعترض مال غيره وعطله عن منافعه»[(٤)].

قلت:وذلك هو المقصد من إلزام المدعي على غيره بالمنع من السفر إذا لم تثبت دعواه فينبغي أن يقدم تعويضاً نظير ما لحق المدعى عليه من ضرر منعه من السفر في حال تبين أن المدعي غير محق في دعواه، والله أعلم.

---

(١) القصة بطولها ذكرها ابن كثير في البداية والنهاية(٣/ ٤٣-٤٤) عن يونس بن بكير عن محمد بن إسحاق عن عبد الملك ابن أبي سفيان الثقفي.

(٢) روضة القضاة (١/ ١٦٩).

(٣) أما فعل عمر فقد أخرجه البيهقي في كتاب الإجارة باب الإمام يضمن والمعلم يغرم(٦/ ١٢٣) عن الحسن البصري بلفظ«أن عمر رضي الله عنه بلغه أن امراة بغية يدخل عليها الرجال، فبعث إليها رسولاً فأتاها الرسول، فقال أجيبي أمير المؤمنين، ففزعت فوقعت الفزعة في رحمها فتحرك ولدها فخرجت، فأخذها المخاض فألقت غلاماً حياً فأتى عمر ذلك فأرسل إلى المهاجرين فقص عليهم أمرها...»الأثر. قال ابن حجر في التخليص(٤/ ٣٧)« وهذا منقطع بين الحسن وعمر، ورواه عبد الرزاق عن معمر عن مطر الوراق عن الحسن به...». وانظر شرح أدب القضاء لابن مازه (٢/ ٣٠٧/ ٣١٦).

(٤) تهذيب الفروق والقواعد السنية(٤/ ١٣٤).

المسألة الأولى

دعوى المعاينة لإثبات الحالة

جاء في اللائحة(٢٣٤) الفقرة[١]:« دعوى المعاينة لإثبات الحالة هي: أن يتقدم صاحب مصلحة للمحكمة المختصة بدعوى مستعجلة لإثبات معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء مستقبلاً، وتتم المعاينة وإثبات الحالة وفق المادة (١١٢-١١٦)».

وجاء في المادة السادسة عشرة بعد المائة: «يجوز لكل صاحب مصلحة في إثبات معالم واقعة محتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء مستقبلاً أن يتقدم للمحكمة المختصة بها محلياً بدعوى مستعجلة لمعاينتها بحضور ذوي الشأن وإثبات حالتها، وتتم المعاينة وإثبات الحالة وفق أحكام المواد السابقة»، فقوله:«صاحب مصلحة» المراد: ما يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً، وقد نبه القرافي على ذلك في ضابط الدعوى الصحيحة لا بد أن تكون معتبرة شرعاً ليترتب عليها نفع شرعي[١].

ثم الناظر في كتب الفقه يجد قولين للعلماء في جواز قبول دعوى المعاينة وسماعها من قبل القاضي، القبول وعدمه، ومبنى الخلاف في المسألة هو الخلاف في مقصد القضاء هل هو: فصل الخصومة وقطعها فقط أم له مقصد آخر مع ذلك وهو : إيصال الحقوق إلى أصحابها ؟.

فمن قال بالأول قال: لاتسمع هذه الدعوى.

ومن قال بالثاني قال: بسماعها وهو ما ذهب إليه جمع من العلماء منهم ابن قدامة وشيخ الإسلام ابن تيمية، ومن المالكية ابن القاسم وابن عاشور[٢].

قال ابن قدامة في مقصد القضاء: «الغرض فصل الخصومات،وإيصال الحق إلى مستحقه»[٣].

---

(١) انظر الفروق(٤/ ٧٢).

(٢) انظر مجموع الفتاوى(٣٥/ ٣٥٥)،والمغني(١٤/ ٣٥٥)،ومقاصد الشريعة ص(١٩٥/ ١٩٦).

(٣) المغني الموضع السابق.

وقال ابن عاشور:«ومقصد الشريعة من نظام هيئة القضاء كلها على الجملة أن يشتمل على ما فيه إعانة على إظهار الحق، وقمع الباطل الظاهر الخفي»[١].

وقال في موضع آخر:«مقصد الشريعة من القاضي:إبلاغه الحقوق إلى طالبيها»[٢].

أما شيخ الإسلام ابن تيمية فقد قال: «المقصود من القضاء وصول الحقوق إلى أهلها، وقطع المخاصمة، فوصول الحقوق هو المصلحة، وقطع المخاصمة إزالة المفسدة»[٣] فأنت ترى أنه قد صرح بالمقصد الثاني وهو وصول الحقوق إلى أصحابها وهو ما بني عليه القول بجواز سماع دعوى إثبات الحالة.

بل له كلام في غاية الأهمية في هذا الموضع حيث قال:«وإن كان الحق في يد صاحبه كالوقف وغيره يخاف إن لم يحفظ بالبينات أن ينسيه شرط ويجحد ولايأتيه ونحو ذلك، فهنا في سماع الدعوى والشهادة من غير خصم حفظ الحق المجحود عن خصم مقدر، وهذا أحد مقصودي القضاء، فلذلك يسمع ذلك.

ومن قال من الفقهاء:لايسمع ذلك، كما يقوله طوائف من الحنفية والشافعية والحنابلة، فعنده ليس للقضاء فائدة إلا فصل الخصومة ولاخصومة ولاقضاء،فلذلك لا تسمع البينة إلا في وجه مدعى عليه لتظهر الخصومة،ومن قال بالخصم المسخر فإنه ينصب للشر ثم يقطعه، ومن قال: تسمع فإنه يحفظ الحق الموجود ويذر الشر المقود والله أعلم»[٤].

فهذا الكلام يدل دلالة واضحة على جواز دعوى إثبات المعاينة كما وردت في النظام وهذا هو الفقه الحي، وليس فقهاً تقليدياً وظيفة القضاء في رأي أصحابه وظيفة علاجية فحسب كما يراه بعض المعاصرين[٥].

(١) مقاصد الشريعة ص(١٩٥).

(٢) مقاصد الشريعة ص(١٩٦).

(٣) مجموع الفتاوى(٣٥/ ٣٥٥).

(٤) مجموع الفتاوي الجزء السابق،ص(٣٥٦)،وانظر منتهى الإرادات(٥/ ٢٨٣/ ٢٨٤).

(٥) انظر إجراءات التقاضي والتنفيذ ص(٣٥/ ٣٦).

وقال الخرشي:«تنبيه: وللقاضي أن يسمع البينة قبل الخصومة على مذهب ابن القاسم خلافاً لعبد الملك».

قلت : وإذا علمنا أن المراد بالبينة كل ما يبين عن الحق ويثبته وليست خاصة بالشهود أدركنا اتفاق نظام المرافعات مع رأي كثير من الفقهاء في هذه المسألة، والله أعلم .

المسألة الثانية

دعوى منع التعرض للحيازة، ودعوى استردادها

جاء في المادة الرابعة والثلاثين بعد المائتين ما نصه: «تشمل الدعاوى المستعجلة ما يلي:...

ب ـ دعوى منع التعرض للحيازة ودعوى استردادها»

وجاء في المادة الحادية والثلاثين ما نصه:«تختص المحاكم الجزئية بالحكم في الدعاوى الآتية:

أ ـ دعوى منع التعرض للحيازة ودعوى استردادها».

وقد عرفت الحيازة في اللائحة(٣١/ ١) بأنها:«ماتحت اليد من غير العقار الذي يتصرف فيه بالاستعمال بحكم الإجازة، أو العارية، أو يتصرف فيه بالنقل من ملكه إلى ملك غيره، سواء أكان بالبيع أم الهبة، أم الوقف».

والناظر في كتب الفقه الإسلامي يجد الاتفاق بين ما جاء في نظام المرافعات وما بين ما ذهب اليه الفقهاء في معنى الحيازة.

فهذا صاحب الشرح الصغير من المالكية يعرفها بقوله:«وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه»(١).

وفي شرح ميارة الفاسي:«والحواز: وضع اليد على الشيء المحاز»(٢).

ومثل هذا المعنى في فتح الرؤوف القادر (٣).

أما دعوى منع التعرض للحيازة فقد عرفت في اللائحة (٣١/ ٢) بأنها:«طلب المدعي (واضع اليد)كف المدعى عليه عن مضايقته فيما تحت يده».

ونجد هذا المعنى لدى بعض فقهاء الحنابلة، قال ابن قدامة: « وإن ادعى عليه أن هذه

(١) الشرح الصغير(٤/ ٣١٩).

(٢) شرح ميارة(٢/ ٢٧٦).

(٣) انظر فتح الرؤوف القادر(١/ ٣٢٦).

الدار لي، وأنه يمنعني منها، صحت الدعوى، وإن لم يقل أنها في يده؛ لأنه يجوز أن ينازعه ويمنعه وإن لم تكن في يده»[(1)].

وبمثله قال المقدسي والحجاوي[(2)].

وقال السيوطي:«إذا ادعى أنه يعارضه في ملكه لم تسمع إلا أن يقول:أنه يتضرر في بدنه بملازمته له، أو في ملكه بمنعه التصرف فيه أو في جاهه بشياع ذلك عليه فتسمع، ويشترط بيان ما تضرر به من هذه الوجوه وأنه يعارضه في كذا بغير حق فيوجه الحاكم بالمنع إليه»[(3)].

وأما دعوى استرداد الحيازة فقد عرفت في اللائحة(٣١/ ٤) بأنها:«طلب من كانت العين بيده ـ وأخذت منه بغير حق،كغضب وحيلةـ إعادة حيازتها إليه حتى صدور حكم في الموضوع بشأن المستحق».

والناظر في هذه الدعوى يجد أنها تلتقي في هدف واحد وهو: حماية الحيازة من الاعتداء الواقع عليها، فإن لم يصل الاعتداء إلى درجة سلب الحيازة فتكون الحماية برفع دعوى منع التعرض، وهي صحيحة كما سبق قول بعض الفقهاء بذلك.

وإن بلغ الاعتداء إلى درجة سلب الحيازة كانت الحماية برفع دعوى استرداد الحيازة وإذا قلنا: أن من مقاصد القضاء حفظ الحقوق وإيصالها إلى أصحابها وهو الحق، وقد صرح بعض الفقهاء بصحة دعوى منع التعرض فتكون دعوى الاسترداد صحيحة من باب أولى.

وحيث رغبنا في معرفة توصيف هذه الدعوى نجد أن اللائحة رقم (٣١/ ٢) قد جاءت مصرحة بأن:« دعوى منع التعرض للحيازة هي من قبيل منع الضرر ».

وعليه فيكون الأصل فيها قوله ﷺ :« لاضرر ولا ضرار»[(4)] وقد خص بعض

(١) المغني(٩/ ٨٥).

(٢) الشرح الكبير المطبوع مع المقنع والإنصاف بتحقيق التركي (٢٨/ ٤٦٦/ ٤٦٧)، والإقناع (٤/ ٣٩٧).

(٣) الأشباه والنظائر ص (٥٣٦)، وانظر شرح عماد الرضا (١/ ٩٤/ ٩٥).

(٤) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، (٢/ /٥٧/ ٥٨) عن أبي سعد الخدري رضي الله عنه قال« صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبي ». وأخرجه الدارقطني في كتاب البيوع أيضاً(٣/ ٧٧). وأخرجه البيهقي في كتاب الصلح(٦/ ٦٩). وقال ابن رجب في جامع العلوم والحكم ص(٣٦٧) « حديث حسن ».

الفقهاء من المالكية هذه الدعوى بترجمة:«دعاوى منع الضرر[1] أو نفي الضرر»[2] كما أن من مقاصد الشريعة منع الضرر الواقع أو المتوقع على الأموال[3]. وقد قال ابن عتاب:« الذي أقول به وأنقله من مذهب مالك: أن جميع الضرر يجيب قطعه»[4].

(١) كما جاء في القوانين الفقهية لابن جزي.

(٢) كما قال ابن فرحون في التبصرة (٢/ ٣٤٨)، ومقاصد الشريعة لابن عاشور ص/ .

(٣) انظر مقاصد الشريعة للشاطبي (٢/ ٨).

(٤) تبصرة الحكام(٢/ ٣٥٢).

المسألة الثالثة

دعوى المنع من السفر

جاء في المادة السادسة والثلاثين بعد المائتين(٢٣٦) ما نصه:« لكل مدع بحق على آخر أثناء نظر الدعوى، أو قبل تقديمها مباشرة أن يقدم إلى المحكمة المختصة بالموضوع دعوى مستعجلة، لمنع خصمه من السفر، وعلى القاضي أن يصدر أمراً بالمنع إذا قامت أسباب تدعو إلى الظن أن سفر المدعى عليه أمر متوقع، وبأنه يعرض حق المدعي للخطر أو يؤخر أداءه، ويشترط تقديم المدعي تأميناً يحدده القاضي لتعويض المدعى عليه متى ظهر أن المدعي غير محق في دعواه، ويحكم بالتعويض مع الحكم في الموضوع ويقدر بحسب ما لحق المدعى عليه من أضرار لتأخيره عن السفر».

والمتأمل لهذه المادة يلاحظ أنها قد تضمنت أموراً كما يلي:

أولاً: منع المدعى عليه من السفر إذا قامت أسباب تدعو إلى أن سفره أمر متوقع، وأنه يعرض حق المدعي للخطر.

ثانياً: منعه من السفر إذا كان سفره يؤدي إلى تأخير بذل حق المدعي في وقته المحدد له.

ثالثاً: إلزام المدعي بتقديم تأمين يحدده القاضي لتعويض المدعى عليه متى ظهر أن المدعي غير محق.

وبالرجوع إلى كتب الفقه نجد أن العلماء من مختلف المذاهب الأربعة قد تكلموا على المسألة، ففيما يتعلق بالأمر الأول نجد ابن قدامة من الحنابلة يقول: « فإن كان سفره للجهاد فله منعه إلا بضمين أو رهن، لأنه سفر يتعرض فيه للشهادة وذهاب النفس، فلا يأمن فوات الحق»[١].

(١) المغني(٤/ ٥٠٣).

ويقول صاحب الاعتناء من الشافعية:«ومنها(أي من صور الحجر)الحجر على من عليه دين مؤجل ليتيم يريد السفر في البحر المالح فللحاكم منعه»[(١)].

فالعلة في منعه من السفر وهي: تعريض حق المدعي للخطر كما جاء في النظام هي علة منعه عند الفقهاء فالجهاد وركوب البحر في ذلك الزمن علة ذهاب النفس، وقد يترتب عليها فوات حق المدعي.

وإذا نظرنا إلى الأمر الثاني وقد تضمن أن علة منع السفر هي تأخير أداء حق المدعي، نجد ابن قدامة يقرر ذلك بقوله:«ومن أراد السفر،وأراد غريمه منعه، نظرنا، فإن كان محل الدين قبل محل قدومه من السفر، مثل أن يكون سفره إلى الحج لايقدم إلا في صفر، ودينه يحل في المحرم أو ذي الحجة، فله منعه من السفر،لأن عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله»[(٢)].

وقال ابن تيمية: «إن كان الدين حالاً وهو(أي المدعى عليه) قادر على وفائه، فله(أي المدعي) منعه من السفر قبل استيفائه.

وكذلك إذا كان الدين مؤجلاً ومحله قبل قدوم المدين، فله أن يمنعه من السفر حتى يوثق برهن يحفظ المال، أو كفيل»[(٣)].

وبمثل هذا القول قال ابن فرحون من المالكية[(٤)].

الأمر الثالث: إلزام المدعي بتقديم تعويض للمدعى عليه، متى ظهر أنه غير محق.

وهذا يمكن قياسه على ما ذهب إليه صاحب تهذيب الفروق السنية من المالكية من تغريم المدعي قيمة كراء الدار المحجوزة حجزاً تحفظياً أيام الحجز لتدفع للمدعى عليه إذا ظهر أن المدعي غير محق ، وذلك نظير تعطيله منافع ماله.

---

(١) الاعتناء في الفرق والاستثناء(١/ ٥٣٢).

(٢) المغني، الموضع السابق.

(٣) مجموع الفتاوى (٣٠/ ٢٠).

(٤) انظر تبصرة الحكام(٢/ / ٢٠٧).

فقد قال:«حكى ابن ناجي الاتفاق على أن هذا(أي: الإيقاف أو الحجز) إن صح مستنده ففيه مالايخفى من الإخلال بحق المطلوب والمحافظة على حق الطالب، فإن كان ولابد فينبغي أن يضع قيمة كرائها (أي العين المتنازع فيها) في أيام الذهاب والإيقاف زيادة على قيمتها، فإن لم يثبت شيئاً أخذه المطلوب، لأن هذا قد اعترض مال غيره وعطله عن منافعه»[(١)].

قلت: فمن عطل غيره ومنعه من السفر دون ثبوت حق عليه أولى بدفع التعويض ممن عطل المال فقط.

ثم قال بعد ذلك نقلاً عن الذخيرة للقرافي:«إذا التزم المدعى عليه إحضار المدعى فيه لتشهد البينة على عينه، فإن ثبت الحق فالمؤونة(أي: مؤنة إحضار المدعى فيه)على المدعى عليه، لأنه مبطل، وإلا فعلى المدعي، لأنه مبطل في ظاهر الشرع»[(٢)].

فانظر إلى قوله:«وإلا فعلى المدعي، لأنه مبطل في ظاهر الشرع»، وقارنه بحال ظهور بطلان دعوى المدعي على خصمه المنع من السفر ستجده مبطلاً أيضاً في ظاهر الشرع.

وقد قال ابن تيمية ـ رحمه الله ـ فيمن عليه دين وهو قادر على الوفاء فمطل الدائن حتى أحوجه إلى الشكاية فما غرمه الدائن على الوجه المعتاد فهو على المماطل [(٣)].

أما ماجاء في الفقرة السادسة من اللائحة (٢٣٦) ونصه:« إذا صدر أمر بالمنع من السفر والدعوى تتعلق بمبلغ معين فأودعه المدعى عليه لدى المحكمة، أو أحضر كفيلاً غارماً مليئاً ووكل شخصاً بمباشرة الدعوى فيسمح القاضي له بالسفر».

فقد قرره ابن مازه من الحنفية وابن قدامة من الحنابلة:

قال الأول:«ولو أن رجلاً أراد سفراً فطالبه رجل بحق يدعيه قبله، فقال المطلوب: إني أوكل وكيلاً بخصومته جائز علي ما قضى به عليه، وأعطى كفيلاً بما قضى به

(١) تهذيب الفروق السنية(٤/ ١٣٤).

(٢) المرجع السابق نفس الجزء ص(١٣٥).

(٣) انظر مجموع الفتاوى(٣٠/ ٢٤/ ٢٥).

عليه لهذا الطالب، فإن القاضي يقبل ذلك منه، لأن مقصود الطالب الوصول إلى حقه، وحقه إما في جواب الخصومة أو في المال، والأول حصل بالتوكيل، والثاني حصل بإعطاء الكفيل»[(١)].

وقال ابن قدامة:«فإن أقام ضميناً مليئاً، أو دفع رهناً يفي بالدين عند المحل فله السفر، لأن الضرر يزول بذلك»[(٢)].

فقول اللائحة السابق:«...والدعوى تتعلق بمبلغ معين فأودعه المدعى عليه لدى المحكمة» هو معنى قول ابن قدامة:«أو دفع رهناً يفي بالدين عند المحل».

وقولها:« أو أحضر كفيلاً غارماً مليئاً» هو معنى قول ابن قدامة:«فإن أقام ضميناً مليئاً ...فله السفر»، ومعنى قول ابن مازه السابق:« وأعطى كفيلاً بما قضى به عليه لهذا الطالب فإن القاضي يقبل ذلك منه ».

فإن قلت: لم يقيد الكفيل بوصف الملاءة كما صنع ابن قدامة، وكما جاء في اللائحة؟.

قلت : لك أن تحمل المطلق على المقيد وفيما قاله ابن قدامة غنية لمن يبحث عن الحق.

(١) شرح أدب القاضي للخصاف(٣/ ٤٣٦)، وانظر نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص(٢٨٦).
(٢) المغني(٤/ ٥٠٣).

المسألة الرابعة

دعوى وقف الأعمال الجديدة

جاء في المادة الثامنة والثلاثين بعد المائتين(٢٣٨) مانصه:« يجوز لمن يضار من أعمال تقام بغير حق أن يتقدم للمحكمة المختصة بالموضوع بدعوى مستعجلة لوقف الأعمال الجديدة، وعلى القاضي أن يصدر أمراً بالمنع إذا اقتنع بمبرراته ولايؤثر هذا الأمر بالمنع على أصل الحق ولا يكون دليلاً عليه، ولمن ينازع فيه أن يتقدم للقضاء وفق أحكام هذا النظام».

وجاء في تفسيرها ما يلي (٢٣٨/ ١): « المراد بالأعمال الجديدة: ما شرع المدعى عليه في القيام بها في ملكه ومن شأنها الإضرار بالمدعي».

والملاحظ هنا أمور:

الأول: أن الإحداث يقوم به المدعى عليه في ملكه هو لا في ملك المدعي، فمتى كان في ملك المدعي فإنها لا تكون دعوى منع أعمال جديدة، وإنما دعوى منع تعرض للحيازة وهي ما ورد في الفقرتين(٣، ٤)من رقم(٢٣٤) من اللائحة.

الثاني: أن من شأن هذا العمل الجديد إلحاق الضرر بالمدعي، وهذا يمثل عنصر الاستعجال في هذه الدعوى.

الثالث: ألا يكون هذا العمل الذي أحدثه المدعى عليه قد اكتمل،لأنه لا يكون حينئذٍ من القضاء المستعجل لوقوع ما يخشى منه، وإنما يكون من باب إزالة الضرر لا منعه وهي من الدعاوى الموضوعية.

الرابع: أن على القاضي إصدار أمر بالمنع من الإحداث إذا اقتنع بالمبررات التي ذكرها المدعي، وهذا هو الحكم.

والمتأمل في كتب الفقه يجد أن الأصل في هذه الدعوى ما صح عن النبي ﷺ أنه قال: «لاضرر ولا ضرار»[1].

(١) انظر فصول الأحكام ص(٢٠٨)، والمغني(٧/ ٥١)، وتبصرة الحكام(٢/ ٣٤٨).

وللعلماء أقوال فـي معنى الحديث ليس هذا موضـع ذكرهـا، وقد أفاض ابن رجب في شـرحه [1]. وقد ترجم ابن جزي المسألة بمنع الضرر حيث قال:« الباب الخامس عشر في المرافق ومنع الضرر» [2].

وترجمها ابن فرحون بـــ« نفي الضرر وسد الذرائع» [3].

وحكم ذلك عند الفقهاء هو المنع فاتفق النظام مع الفقه في الحكم.

جاء في تبصـرة الحكام:«...قال ابن عتاب: الذي أقول به وأنـقله من مذهب مالك:أن جميع الضرر يجب قطعه إلا ما كـان من رفع بناء من هبوب الريح وضوء الشمس وما كان في معناهما إلا أن يثبت القائم في ذلك أن محدث ذلك أراد الضرر بجاره» [4].

وقال الكناني:« والضرر يكـون في المباني والمساحات والفدادين والشـجر ونحوها... فمن أحدث ضرراً على جاره في بناء أو غرس أو غير ذلك منع» [5].

وقـال ابن قدامـة:«وليس للرجل التـصرف فـي ملكه تصرفـاً يضـر بجاره، نحـو: أن يبني فيـه حمامـاً بين الدور، أو يفتح خـبازاً بين العطارين أو يجـعله دكان قصـارة يهز الحيطان ويخربهـا...وبهذا قال أصحاب أبي حنيفة، وعن أحـمد رواية لا يمنع وبه قال الشـافعـي..ولنا قول النبـي ﷺ: «لاضـرر ولاضـرار» ولأن هذا إضـرار بجيرانه فـمنع منه» [6].

وقال ابن جزي:«من أحدث ضرراً أمر بقطعه» [7].

وفي شرح عمـاد الرضـا:« واختار جمع منهم ابن رزين كـابن الصـلاح: المنع من كل مؤذٍ لم يعتد» [8].

(١) انظر جامع العلوم والحكم ص(٣٦٧/ ٣٧٨).

(٢) القوانين الفقهية ص(٢٢٣).

(٣) تبصرة الحكام (٢/ ٣٤٨).

(٤) تبصرة الحاكم (٢/ ٣٥٢).

(٥) العقد المنظم للحكام بهامش تبصرة الحاكم (٢/ ٨٥).

(٦) المغني(٧/ ٥٢). وينظر جامع العلوم والحكم ص(٣٧٣).

(٧) القوانين الفقهية ص(٢٢٣).

(٨) انظر المراجع السابقة نفس المواضع، وفصول الأحكام ص(٢٠٨/ ٢١٣).

فانظر إلى قول ابن قدامة:« ليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره» وقارنه بما سبق في اللائحة (١/٢٣٨) من المراد بالأعمال الجديدة تجده مطابقاً في المعنى لما جاء في الفقه، وقد بسط الفقهاء الكلام في هذه المسألة، وذكروا وجوهاً كثيرة للضرر، وقسموه إلى متفق عليه ومختلف فيه[١].

(١) انظر القوانين الفقهية ص(٢٢٣/ ٢٢٤).

المسألة الخامسة

طلب الحراسة

جاء في المادة التاسعة والثلاثين بعد المائتين(٢٣٩) من نظام المرافعات ما نصه: «ترفع دعوى طلب الحراسة للمحكمة المختصة بنظر الموضوع في المنقول أو العقار الذي يقوم في شأنه نزاع ويكون الحق فيه غير ثابت، وللقاضي أن يأمر بالحراسة إذا كان صاحب المصلحة، في المنقول، أو العقار قد قدم من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً من بقاء المال تحت يد حائزة».

وجاء في اللائحة التنفيذية (٢٣٩/ ١) تعريف الحراسة بأنها: « وضع الأموال المتنازع عليها في يد أمين يعينه القاضي إن لم يتفق على تعيينه ذوو الشأن».

وهذا الحارس يعرف في كتب الفقه بالقيم أو العدل، أو الأمين، وقد عرفه ابن مازه فقال:« القيم: من فوض إليه حفظ المال، والقيام عليه، وجمع الغلات، دون التصرف حتى لو تصرف يصير مخالفاً.

والوصي: من فوض إليه التصرف والحفظ جميعاً، لكن هذا الفرق من قبل، أما في زمننا فإنه لا فرق بين القيم والوكيل»[(١)].

وقال ابن أبي الدم في تعريفه:« والقيم في اصطلاح الأمة هو: من ينصبه القاضي أميناً لحفظ مال الطفل والتصرف فيه»[(٢)].

وقد ذكر السمناني: أن الشرع قد جعل للقاضي أن ينصب الأمناء، وأن يجعل التصرف إليهم على سبيل العموم تارة وعلى سبيل الخصوص تارة أخرى، لأن القاضي منصوب للتصرف في مصالح المسلمين، فهو نائب عن الإمام»[(٣)].

من هنا يظهر والله أعلم أن الأصل في الحراسة هي المصلحة العامة.

---

(١) شرح أدب الخصاف(١/ ٢٨٥).

(٢) كتاب أدب القضاء ص(٦٠٠).

(٣) انظر روضة القضاة وطريق النجاة(١/ ١٨٢/ ١٨٣).

وقد قال ابن القاص:«واتفقا (أي أبو حنيفة والشافعي) على أنه لو ادعى أمة، أو ادعى امرأة وهي تحت آخر، أو ادعت امرأة طلاق زوجها، أو ادعت أمة على سيدها عتقاً، أو أنها حرة، وشهد للمدعي شاهدان أنه يعدل ذلك كله إلى أن يسأل عن الشهود»[1].

ثم قال:« واختلف قول الشافعي والكوفي إذا كانت الدعوى في شيء بعينه ينقل ـ غير الفروج ـ كالدابة والعبد والعرض في يدي رجل فادعاه آخر، أو ادعى عبد على سيده أنه أعتقه، وأقام المدعي شاهدين، وسأل المدعي أن يعدل ذلك إلى أن يسأل عن الشهود فمذهب الشافعي في ذلك كله أن يعدل، قاله في العبد إذا ادعى على سيده العتق نصاً... وقتله في الباقي تخريجاً عليه.

وقال الكوفي: لا يعدل في شيء من ذلك، ولكن يؤخذ من المدعى عليه كفيلاً بنفسه وبنفس الدابة والسلعة، فإن أبى أن يعطي كفيلاً بنفس ما خوصم فيه، أو كان المدعى عليه الذي في يده الشيء مريباً يخاف عليه أن يبريه ماله فيعدل حينئذٍ»[2].

فيؤخذ من هذا النقل: اتفاق الإمامين على تعديل ما يخشى معه بقاء المال تحت يد المدعى عليه، وهذا معنى ما جاء في المادة السابقة من النظام:« ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزة»، فاتفق النظام مع الفقه في هذا، والله أعلم.

ذلك فيما يتعلق بالمنقول.

وأما ما يتعلق بالعقار فلعل نظيره ما قاله ابن أبي الدم:« وفي العقار إذا أقام شاهدين مجهولين، وطلب الحيلولة بين الداخل(صاحب اليد) وبينه إلى أن يزكي بينته هل يجاب إليه؟ فيه وجهان، وفي الشاهد الواحد العدل وجهان مرتبان»[3].

قلت: مراد بالوجهين: إجابة المدعي في طلبه الحيلولة بين المدعى عليه والمدعى فيه بوضعه تحت يد أمين، وعدم إجابته.

(١) أدب القاضي(٢/ ٤١٥)، وانظر فصول الأحكام للباجي (١٦٦)، تبصرة الحكام (٢/ ٢٠٩).

(٢) أدب القاضي(٢/ ٤١٥/ ٤١٦).

(٣) أدب القضاء ص(٣٠٠).

وجاء في اللائحة (٦/٢٣٩) ما نصه:« للقاضي الذي أقام الولي أو الناظر، أو لخلفه: الأمر بالحراسة إذا أساء الولي أو الناظر التصرف في مال القاصر أو الوقف، حتى ينتهي موضوع النظر في الولاية والنظارة من قبله».

قلت: لقد ذهب جمع من فقهاء الإسلام وقضاته إلى عزل ناظر الوقف وولي اليتيم إذا ظهر منهما ما يخشى معه سوء التصرف في مال القاصر أو الوقف، كالفسق وخيانة الأمانة، أو الفسق وحده أو التبذير، وممن ذهب إلى ذلك الماوردي من الشافعية وابن مازه من الحنفية وابن قدامة من الحنابلة[(١)].

قال ابن مازه:« فإن أحس بخيانته حبسه واستبدل به غيره»[(٢)].

وقال ابن أبي الدم:«نظر...في أمر الأمناء والقوام فيتفقد أحوالهم فيعزل من يرى عزله مصلحة وجائزاً...»[(٣)].

ولم أتمكن من كلام صريح للفقهاء في مسألة الأمر بالحراسة ـ في هذه الحالة ـ إلى أن ينتهي موضوع النظر في الولاية والنظارة واختيار الأمين العدل ليرد إليه ما نزع من الأول، لكن إذا علمنا أن المقصود ذلك هو: المحافظة على أموال الأيتام والوقف وعلمنا أن من القواعد الشرعية: ما لايتم الواجب إلا به فهو واجب، أدركنا أن للقاضي الأمر بتلك الحراسة، كيف وهو نائب الإمام في المحافظة على هذه الأموال.

المادة: الأربعون بعد المائتين(٢٤٠) وقد جاء فيها ما نصه:« يكون تعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه...».

قلت: وهذا يشبه ما ذكره ابن قدامة فيمن تكون بيده العين إذا تنازع فيها الشريك والمرتهن حيث قال:« وإن رهنه سهماً مشاعاً مما لا ينقل خلى بينه وبينه، سواء حضر الشريك أو لم يحضر.

---

(١) انظر أدب القضاء للماوردي(١/ ٢٣٢/ ٢٣٣)، وشرح أدب القضاء لابن مازه (١/ ٢٨٤، ٤/ ٣٠١)، والمغني لابن قدامة (١٤/ ٢٤).

(٢) شرح أدب القضاء(١/ ٢٨٤)، وانظر روضة الطالبين(١/ ١٣٨).

(٣) أدب القضاء لابن أبي الدم ص(١٢٢).

وإن كان منقولاً كالجوهرة يرهن نصفها فقبضها تناولها، ولايمكن تناولها إلا برضا الشريك، فإن رضي الشريك تناولها، وإن امتنع الشريك فرضي المرتهن والراهن بكونها في يد الشريك جاز، وناب عنه في القبض.

وإن تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً تكون في يده لهما »[1].

فيمكن أن يخرج على قوله:« فرضي المرتهن والراهن بكونهما في يد الشريك جاز» أن تعيين الحارس يكون باتفاق ذوي الشأن.

ويخرج على قوله:«وإن تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً تكون في يده لهما» تعيين القاضي للحارس في حالة عدم اتفاق ذوي الشأن، والله أعلم.

وجاء في اللائحة رقم(٢٤٠/ ٤) ما نصه:«للقاضي أن يعهد بالحراسة إلى أكثر من شخص إذا اقتضى الأمر ذلك».

أما الفقهاء فقد ذهب بعضهم كالماوردي والسمناني وابن قدامة إلى أنه يتعين على القاضي أن يضم إلى الوصي من يعينه إذا كان أميناً ضعيفاً لايقدر على التفرد بما عهد به إليه[2]، فيمكن أن يقاس على هذا تعدد الحراس إذا رأى القاضي المصلحة في ذلك.

المادة الرابعة والأربعون بعد المائتين(٢٤٤) وقد جاء فيها:« يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة، وعلى القاضي إلزامه باتخاذ دفاتر عليها ختم المحكمة عند الاقتضاء، ويلتزم بأن يقدم في الفترات التي يحددها القاضي أو في كل سنة على الأكثر لذوي الشأن حساباً بما تسلمه وبما أنفقه معززاً بما يثبت ذلك من مستندات..».

قلت: هذه المادة تضمنت مطالبة الحراس بإقامة الحساب، وتعرف في كتب الفقه بمطالبة الأمناء بإقامة الحساب ورأى جمهور الفقهاء أن ذلك راجع إلى القاضي فمتى رأى مطالبتهم بالحساب فله ذلك خلافاً لابن الصلاح ومن معه أن الأمناء لايطالبون بإقامة الحساب.

---

(١) المغني(٦/ ٤٥١).

(٢) انظر أدب القضاء(١/ ٢٣٢)، وروضة القضاة(١/ ١٤٣)، والمغني(١٤/ ٢٤).

جاء في شرح أدب القضاء: «وينبغي للقاضي أن يحاسب الأمناء على ما جرى على أيدهم من أموال المسلمين وغلاتهم، لما روى عن عمر رضي الله عنه «أنه كان يحاسب عماله كل سنة»[(١)]، لأن القاضي هو الذي يلي التصرف في أموال اليتامى وأموال الوقف..»[(٢)].

وقال في موضع آخر: «فلو قال القاضي للأمناء:لا أقبل منكم الجملة، لكن أحاسبكم شيئاً فشيئاً، شهراً فشهراً، فهذا على وجهين:

إن كان الوصي والقيم معروفاً بالصلاح والأمانة وقال: إنما بقي في يدي هذا القدر من المال... فيكون القول قول الأمين مع يمينه.

وإن كان الوصي أو القيم غير معروف بالصلاح والأمانة فالقاضي يحتاط في ذلك ويحاسبه شيئاً فشيئاً»[(٣)].

وقال ابن أبي الدم:« ويحاسب الأمناء على ماهم مباشروه»[(٤)].

وجاء في شرح عماد الرضا:«لا يطالب أحد منهم (أي: الأمناء)بإقامة حساب، بل إن ادعي عليه خيانة فالقول قوله بيمينه ـ في نفيها ـ ذكره ابن الصلاح في الوصي، والهروي في أمناء القاضي، قال البلقيني: ومثلهم بقية الأمناء.. لكن الأوجه أن الأمر في ذلك راجع إلى القاضي لكن لا بالتشهي بل بحسب المصلحة، فإن رآها طولبوا وإلا فلا ورجحه مرجحون، لكن جزم جمع بأن للمستحق مطالبة الناظر بإقامة الحساب وهو من الأمناء بلا ريب، وظاهر أنه لا يتوقف على رأي القاضي بل متى طلب المستحق وجب»[(٥)].

---

(١) هكذا جاء الأثر في شرح أدب القضاء للخصاف(١/ ٢٨٤). وأورده ابن سعد في الطبقات الكبرى(٣/ ٢٩٣) عن عطاء بلفظ « كان عمر بن الخطاب يأمر عماله أن يوافوه بالموسم، فإذا اجتمعوا قال أيها الناس إني لم أبعث عمالي عليكم ليصيبوا من أبشاركم ولا من أموالكم، إنما بعثتهم ليحجزوا بينكم وليقسموا فيئكم بينكم فمن فعل به ذلك فليقم...» الأثر.

(٢) شرح أدب القضاء للخصاف(١/ ٢٨٤).

(٣) شرح أدب القضاء للخصاف(١/ ٢٩١)، وانظر روضة القضاة(١/ ١٤١/ ١٤٢).

(٤) أدب القضاء لابن أبي الدم ص(١٢٢).

(٥) شرح عماد الرضا (١/ ٣٥٥).

فأنت ترى أن من كان الأصل فيه الأمانه يطالب بإقامة الحساب في تلك العصور فكيف في هذا الزمن الذي غلب فيه حب المال على النفوس وإزدادت فيه المشاحة على أن ما جاء في النظام من أن الحارس يلتزم بأن يقدم الحساب في الفترات التي يحددها القاضي أو في كل سنة على الأكثر شاهده من الفقه ما سبق نقله عن ابن مازه.

وقد جاء في اللائحة (٢٤٤/ ١) ما نصه: « أذا أنفق الحارس على الأموال المعهود إليه حراستها من ماله الخاص فله الرجوع على ذوي الشأن بدعوى يقيمها لدى المحكمة المختصة إن لم يصدقوه ويبذلوا له ما طلب».

ورأى وجاهة ما ورد في هذه الفقره شرعاً، وذلك لما يلي:

أولاً: أن الغرم بالغنم، وقد التزم الحارس بحفظ المال وتدويره أو إدارته ومحاسبته على ذلك، فالعدل يقتضي أن يكون له حق إقامة الدعوى على ذوي الشأن فيما أنفقه من ماله الخاص على الأموال المعهود إليه بحراستها.

ثانياً: أن الفقهاء قد ذهبوا إلى قبول قول الوصي والقيم فيما ادعى إنفاقه على اليتيم والضيعة ونحو ذلك إذا كان ما ادعاه محتملاً فليكن للحارس حق التقدم بدعوى إلى المحكمة المختصة إذا لم يصدقه ذوو الشأن فيما ادعى انفاقه على الأموال المعهود إليه بحراستها[١].

وفي اللائحة رقم(٢٤٣/ ٢) جاء ما نصه:«يتقاضى الحارس أجره المحدد له من الغلة التي في يده وإلا فمن ذوي الشأن، وعند الاختلاف يفصل في ذلك ناظر القضية أو خلفه».

قلت: وإذا كان الحارس حافظاً للأموال المتنازع عليها فقد قال السيوطي: «وأجرة الحبس والسجان على المسجون، والحافظ على المحفوظ له»[٢].

وقد ذهب الماوردي وابن أبي الدم إلى أن للأمناء والقوام أجرة المثل[٣].

(١) انظر شرح أدب القاضي(١/ ٢٨٥).

(٢) شرح عماد الرضا(١/ ٣٥٢).

(٣) انظر شرح أدب القضاء(١/ ٢٨٧)، وأدب القضاء للماوردي(١/ ٢٣٥)، وأدب القضاء لابن أبي الدنيا ص(١٢٢).

المسألة السادسة

أجرة الأجير اليومية

جاء في المادة الرابعة والثلاثين بعد المائتين من نظام المرافعات ما نصه:«تشتمل الدعاوى المستعجلة ما يلي:

و- الدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية».

وجاء في الفقرة (٢) من اللائحة المفسرة لها ما نصه:« يقصد بالدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية: إذا كان المدعي يطالب بتسليمه أجرته اليومية، ولايدخل في هذه المطالبة بالأجرة عن عقار أو عمل أجر شهري وفق المادة (٣١)».

قلت: إذا عرفنا أن المراد بالأجرة في اصطلاح الفقهاء هي:«ما يلتزم به المستأجر عوضاً عن المنفعة التي يمتلكها»[١].

وأن الأجير يكون خاصاً، ومشتركاً، والخاص هو:« من يعمل لمعين عملاً مؤقتاً ويكون عقدة لمدة»[٢].

وإذا لاحظنا: أن النظام قد نص على أن الدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية هي من الدعاوى المستعجلة أدركنا أن التعجيل بإعطاء الأجير أجرته مطلقاً سواء أكانت يومية أم غير ذلك، دون تأجيل هو مقصد من مقاصد الشريعة في المعاملات المنعقدة على عمل الأبدان، فكيف إذا كان النزاع في أجرة الأجير اليومية، وقد استقر في العرف أن الأجير مظنة الحاجة إلى أجرته فليس له موئل مالي، هذا يؤكد تعين أن تكون الدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية إحدى الدعاوى المستعجلة[٣].

وقد وردت النصوص بالدلالة على تعجيل الأجرة ومن ذلك ما يلي:

أولاً: قوله تعالى:﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾[٤].

(١) الموسوعة الفقهية (٢/ ٢٦٣).

(٢) الموسوعة الفقهية (٢/ ٢٨٨).

(٣) انظر مقاصد الشريعة لعاشور ص(١٨٧).

(٤) سورة الطلاق آية(٦).

قال ابن قدامة:« فأمر بإيتائهن بعد الإرضاع »[1].

ثانياً: ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال:«ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة...ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره»[2].

قال ابن قدامة:« فتوعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل، دل على أنها حالة الوجوب »[3].

وقال ابن عاشور في الحديث:« وهذا صادق بتأخير إعطائه أجره، وبحرمانه منه، وإن كان الثاني أشد »[4].

ثالثاً: ما أخرجه ابن ماجه أن النبي ﷺ قال:« أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه»[5].

فالحديث صريح الدلالة في وجوب بذل أجر الأجير عقب إتمامه لعمله دون تأخير. وهو وإن كان موجهاً إلى المستأجرين أصحاب الأعمال، فما المانع من أن يتوجه الخطاب إلى ولاة الأمر.

ومن أقوال الفقهاء ما يلي:

أ ـ قول صاحب الهداية:« القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة، لتحقق المساوة إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به»[6].

---

(١) المغني بتحقيق الدكتور عبد الله التركي(٨/ ١٧).

(٢) الحديث الذي أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه بهذ اللفظ في كتاب البيوع، باب من باع حراً، حديث رقم (٢٢٢٧) ص (٤١٥)، ولم أره عند مسلم.

(٣) المرجع السابق نفس الموضع.

(٤) مقاصد الشريعة ص(١٨٧).

(٥) الحديث أخرجه ابن ماجه في كتاب الرهون، باب أجر الأجراء، حديث رقم(٢٤٤٣) ص(٢٦٤) عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما، وقد صححه الألباني في إرواء الغليل (٥/ ٣٢٠) حديث رقم(١٤٩٨) لا رقم(١٤٩٣) كما جاء في صحيح الجامع الصغير (١/ ٣٤٩).

(٦) الهداية شرح بداية المبتدي(٣/ ٢٣٣).

وقال ابن قدامة:« قال ابن أبي موسى: وإن استؤجر في كل يوم بأجر معلوم، فله أجر كل يوم عند تمامه»[1].

وقال صاحب فتح الجليل:« وإلا...فمياومة...أي: كلما استوفى المستأجر منفعة يوم تعين عليه دفع أجرته... وهذا عند المشاحة»[2].

قلت: وبالنظر فيما سبق من نصوص الشريعة وأقوال الفقهاء يتبين أن تكون الدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية إذا طالب بها صاحبها من اختصاص القضاء المستعجل وإلا فسيعجز عن متابعة القضاء الموضوعي مما يؤدي به إلى ترك حقه فتزول حرمة الشريعة وحرمة القضاء بخاصة من نفوس الناس، وفي هذا مفسدة عظيمة كما قال ابن عاشور [3].

---

(١) المغني بتحقيق الدكتور عبد الله التركي(٨/ ١٨).

(٢) منح الجليل على مختصر خليل (٧/ ٤٤٠/ ٤٤١).

(٣) مقاصد الشريعة (٢٠٠).

المسألة السابعة

الحجز التحفظي

لم يذكر نظام المرافعات تعريفاً للحجز التحفظي، والمفهوم أن المراد بالحجز: الحجز على العين فقط، والفقهاء لم يستعلموا لفظ الحجز للدلالة على حبس مال المدين عن تصرفه فيه ولكن عبروا عن ذلك بالحجر، أي بالمهملة بدل المعجمة، وهذا الاستعمال يشمل الحجز على العين(أي مصطلح نظام المرافعات) ويشمل إلى جانب ذلك الحجر على الذمة وعلى التصرف.

فالحجز في نظام المرافعات هو نوع من أنواع الحجر عند الفقهاء.

وقد عرف ابن قدامة الحجر بأنه:« منع الإنسان من التصرف في ماله»[(١)].

وعرفه البكري من الشافعية:« بالمنع من التصرف في المال »[(٢)].

ويطلق عليه المالكية: التوقيف كما يطلقون عليه« العقلة»[(٣)].

وأما تعريف الحجز التحفظي مركباً فيمكن أن يؤخذ من قول الفتوحي الحنبلي:« الحجر: منع مالك المال من تصرفه في ماله، ولفلس: منع حاكم من عليه دين حال يعجز عنه من تصرفه في ماله الموجود مدة الحجز »[(٤)].

فحبس المال حماية له من الضياع صيانة لحق الدائن إذا خشي تفريط المدين ـ وهو ما يقصده نظام المرافعات من الحجز التحفظي أو الاحتياطي ـ موجود في هذا التعريف، والله أعلم.

وبهذا فالحجز التحفظي قد أعطاه نظام المرافعات صفة الاستعجال وقد دل على ذلك ماجاء في المادة (٢٠٨) وما جاء في المادة(٢٣٤) فقره (ز).

---

(١) المغني (٦/ ٥٩٣).

(٢) الاعتناء في الفرق والاستثناء (١/ ٥٢٧).

(٣) انضر مقاصد الشريعة ص(٢٠٣).

(٤) منتهى الإرادات (٢/ ٤٦٩).

والأصل فيه: حديث كعب بن مالك الذي أخرجه الحاكم أن رسول الله ﷺ « حجر على معاذ وباع عليه ماله »[1].

فإن قيل: إن ذلك كان بطلب معاذ نفسه لا من الغرماء كما قال إمام الحرمين في النهاية وتبعه تلميذه الغزالي.

قلت: قال ابن حجر:« إن ذلك خلاف ما صح من الرويات المشهورة ففي المراسيل لأبي داود:التصريح بأن الغرماء التمسوا ذلك»[2].

وقال ابن عاشور في كلامه على وسائل التعجيل بالفصل بالحق وإظهاره:« ومن أحسن الوسائل ما ثبت في المذهب المالكي من توقيف المدعى فيه إذا قامت البينة ولم يبق إلا إكمالها وهو المسمى بالعقلة، وهي جارية على قول مالك في الموطأ ومضى به العمل...فإن إيقاف المتنازع فيه يحصل به تعطيل مفسدة استمرار الظالم على ظلمه قبل تمكين الحق بحقه، ويحصل به الإسراع بإيصال الحق إلى مستحقه عند القضاء»[3].

وينبغي لقضاة المستعجل التنبه لهذا المقصد ومراعاته.

صور الحجز التحفظي:

للحجز التحفظي صور منها ما جاء في المادة الثامنة بعد المائتين(٢٠٨) من النظام ونصها: « للدائن أن يطلب إيقاع الحجز التحفظي على منقولات مدينه إذا لم يكن للمدين محل إقامة ثابت في المملكة أو خشي الدائن لأسباب مقبولة اختفاء أو تهريب أمواله».

والملاحظ أن النظام قد قصد توفير الحماية للدائن من ضياع حقه، ويمكن أن يستأنس لهذا بما قاله السيوطي:« وحجر القاضي على من ادعى عليه بدين في جميع ماله إذا اتهم بحيلة، وقد أقام المدعي شاهدين ولم يزكيا على رأي»[4].

(١) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع (٢/ ٥٨) عن كعب بن مالك عن أبيه بهذا اللفظ وقال « هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي». وقال ابن حجر في التخليص الحبير (٣/ ٣٧) « قال ابن الطلاع في الأحكام هو حديث ثابت » . وانظر في المسألة الفقهية بداية المجتهد (٢/ ٣٦٥)، والاعتناء في الفرق والاستثناء (١/ ٥٢٧).

(٢) التخليص الحبير (٣/ ٣٩).

(٣) مقاصد الشريعة ص(٢٠٣).

(٤) الأشباه والنظائر ص(٤٨٨)، وانظر كتاب نظام القضاء في الإسلام ص(١٤٦).

فانظر إلى قوله:« إذا اتهم بحيلة» وقارنه بما ورد في المادة السابقة من النظام.

وقال ابن أبي الدم:« إذا ادعى على رجل بعين في يده، أو ادعي عليه بدين...وخيف من إقراره بما هو في يده لأولاده أو لغيرهم، وجرى هذا في بلد قد عم هذا بينهم، واشتهر فيما لديهم، وهذا المدعى عليه أشهر من غيره في فعل هذا، فالتمس المدعي الحجر عليه إلى أن يقيم البينة، فذكر بعضنا فيه خلافاً، ورأى بعض مذهب القاضي حسين، ورأى بعض أن هذا كالمفلس إذا أحاطت به الديون وتحقق أن خرجه أكثر من دخله، وخيف عليه فوات ماله، وهناك يتعين ضرب الحجز عليه على الأصح، فهذا قريب الشبه به والكل متجه محتمل»[(١)].

فانظر إلى قوله:« وخيف من إقراره بما هو في يده لأولاده أو لغيرهم » تجد أن في معناه ما جاء من قول المنظم السابق:« أو خشي الدائن لأسباب مقبولة اختفاء أو تهريب أمواله ».

وجاء في الفقرة الثانية من اللائحة رقم (٢٠٨/ ٢) ما نصه:« إذا كان المتنازع فيه عقاراً وقد أقيمت فيه الدعوى فللقاضي بناء على طلب الخصم أن يأمر بوقف الملكية وما في حكمها حتى تنتهي الدعوى إذا ظهر له ما يبرر ذلك».

قلت: قد ذهب إلى هذا المعنى ابن فرحون من المالكية وأورد حادثة عرضت على الإمام مالك ـ رحم الله الجميع ـ تؤيد ذلك حيث قال:« ولايعقل على أحد شيء حتى ينظم إلى ذلك سبب يقوي الدعوى أو لطخ...فإذا ثبت هذا فالاعتقال في الرباع على وجهين:

الأول: عند قيام الشبهة الظاهرة أو ظهور اللطخ فيريد المدعى توقيفه حتى يثبته فالتوقيف هنا: بأن يمتنع الذي هو في يده أن يتصرف فيه تصرفاً يفيته كالبيع، أو يخرجه به عن حاله كالبناء والهدم ونحو ذلك من غير أن ترفع يده عنه»[(٢)].

---

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم ص(٣٠٢).

(٢) تبصرة الحاكم (١/ ٢١٠/ ٢١١).

فقوله:« بأن يمتنع الذي هو في يده أن يتصرف فيه تصرفاً يفيته كالبيع » هو معنى قول اللائحة السابق:« فللقاضي بناء على طلب الخصم أن يأمر بوقف الملكية وما في حكمها..».

ثم قال ابن فرحون:« مسألة: في شهادات المدونة في رجل حفر في أرض بيده عيناً فادعى فيها رجل دعوى واختصما إلى صاحب المياه(هو قاض مختص بالنضر بين البدو الرحل) فأوقفهم حتى يرتفعوا إلى المدينة، فشكا حافر العين إلى مالك، فقال مالك: أراه قد أحسن حين أوقفها وأراه قد أصاب، فقال صاحب الأرض: أترك عمالي يعملون، فإذا استحق الأرض فليهدم، فقال مالك: لا أدري ذلك، ورأى أن توقف فإن استحق حقه وإلا بنيت.

قال ابن القاسم : وهذا إذا كان للدعوى وجه وإلا فلا »[(١)].

المادة العاشرة بعد المائتين(٢١٠) وقد جاء فيها:« لمن يدعي ملك منقول: أن يطلب إقاع الحجز التحفضي عند من يحوزه متى كانت هناك دلائل واضحة تؤيد ادعاءه».

قال صاحب نظام القضاء في الشريعة الإسلامية:« أما العروض وسائر الأموال المنقولة التي لا يخشى عليها الفساد والتلف، فالظاهر أنها تبقى في يد المدعى عليه إلى نتيجة الدعوى مع إعلامه بعدم جواز التصرف فيها على نحو يتلفها أو يخرجها من حيازته لها »[(٢)].

بهذا فالاتفاق ظاهر بين ما جاء في النظام وما جاء في الفقه فيما لا يخشى عليه الفساد بالحجر.

أما صاحب الفروق السنية ففرق في المنقولات ـ غير العقار ـ بين ما يخشى عليه الفساد فيبقى في يد حائزه، وما لم يخش عليه ذلك من المنقولات فيوضع عند أمين[(٣)].

(١) المرجع السابق نفس الجزء ص(٢١١/ ٢١٢).
(٢) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص(١٤٦).
(٣) انظر الفروق والقواعد السنية (٤/ ١٣٤).

قلت: وبهذا قد يلتبس الحجز التحفظي بالحراسة غير أنه يمكن أن يفرق بينهما بفرق جوهري أو رئيس وهو: أن الحجز فيه تجميد للمال بخلاف الحراسة ففيها إدارة له.

المادة الثانية عشرة بعد المائتين(٢١٢) وقد جاء فيها ما نصه:« لايوقع الحجز التحفظي في الأحوال المنصوص عليها في المواد الأربع السابقة(٢٠٨ـ٢١١) إلا بأمر من المحكمة التابع لها محل إقامة المحجوز عليه...».

والقول بأن الحجز بأمر الحاكم هو قول جمهور الفقهاء ومنهم ابن قدامة[(١)].

المادة الخامسة عشرة بعد المائتين(٢١٥) وقد جاء فيها ما نصه:« يجب على طالب الحجز أن يقدم إلى المحكمة إقراراً خطياً من كفيل غارم صادر من كاتب العدل يضمن جميع حقوق المحجوز عليه، وما يلحقه من ضرر إذا ظهر أن الحاجز غير محق في طلبه».

هذه المادة من مواد إجراءات إيقاع الحجز التحفظي، وقد ألزمت طالب الحجز (المدعي) بتقديم ما يتضمن حقوق المحجوز عليه وما يلحقه من ضرر إذا ظهر أن الحاجز غير محق في طلبه دون تفريق بين ما إذا كان طلب الحجز لشبهة ودليل قدمه الطالب أو بمجرد الدعوى فقط، كما أن النظام في هذه المادة لم يفرق بين العقار وغيره.

وبالرجوع إلى كتب الفقه نجد أن صاحب تهذيب الفروق والقواعد السنية من المالكية قد ذكر أن المنصوص من المذهب عدم الحجز والتوقيف بمجرد الدعوى مطلقاً، أما العمل فقد جرى بالإيقاف والحجز بمجرد الدعوى في غير العقار.

ثم بين كيف تتم المحافظة على حق المطلوب وهو ما تضمنته المادة(٢١٥) فقال ما نصه: « لكن حكى ابن ناجي الاتفاق بأن هذا(أي الحجز بمجرد الدعوى دون شبهة) إن صح مستنده ففيه من الإخلال بحق المطلوب والمحافظة على حق الطالب فإن كان ولابد فينبغي أن يضع قيمة كرائها في أيام الذهاب والإيقاف زيادة على قيمتها، فإن لم

(١) انظر المغني (٦/ ٥٣٧)، وانظر الحجر وأحكامه في الشريعة الإسلامية ص(٢٩٩/ ٣٠٠).

يثبت شيئاً أخذه المطلوب، لأن هذا قد اعترض مال غيره وعطله عن منافعه من غير أن يستند إلى لطخ بخلاف ما إذا استند له فلا يضمن الكراء للشبهة ولم أر ذلك منصوصاً لأحد ممن قال بهذا العمل.

وقد قال في الذخيرة: «إذا التزم المدعى عليه إحضار المدعى فيه لتشهد البينة على عينه فإن ثبت الحق فالمؤنة على المدعى عليه، لأنه مبطل وإلا فعلى المدعي، لأنه مبطل في ظاهر الشرع»[(١)].

قلت: وهذا يدل على عدل الشريعة، وقد اتفق النظام مع الفقه في هذا الإجراء، والله أعلم.

(١) تهذيب الفروق والقواعد السنية (٤/ ١٣٤/ ١٣٥).

الخاتمـــة

تبين لي مما سبق عرضه ما يلي

أولاً : أن القضاء المستعجل الوارد في نظام المرافعات الشرعية لا تعارض مواده واللائحة التنفيذية لها نصاً من نصوص الشريعة ولا إجماعاً.

ثانياً: أن جل دعاواه إن لم يكن كلها هي من دعاوى منع الضرر قبل وقوعه، أو دفعه حال وقوعه أو قطع استمرار وقوعه.

فمثلاً: دعوى المعاينة:هي دعوى وقائية لحفظ الحق وحمايته من الضرر المتوقع عليه.

ودعوى منع التعرض للحيازة من قبيل منع الضرر كما جاء في المادة(٣١).

ومثلها دعوى منع الإحداث، وقد ترجمها ابن جزي بمنع الضرر، وابن فرحون بنفي الضرر وسد الذرائع كما سبق.

ودعوى استرداد الحيازة من دعاوى قطع الضرر قبل تمامه، وقد قال الإمام مالك: جميع الضرر يجب قطعه.

ودعوى المنع من السفر هي دعوى لمنع ضرر تأخير الحق، قال ابن قدامة في علة المنع:« لأن عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله»[(١)].

وأما دعوى الحراسة والحجز التحفظي فلمنع ضرر إضاعة الحق.

ودعوى أجرة الأجير اليومية، فلمنع ضرر بطء التقاضي في القضاء الموضوعي.

قال ابن عاشور:« بقي علينا إكمال القول في مقصد التعجيل بإيصال الحقوق إلى أصحابها وهو مقصد من السمو بمكانة، فإن الإبطاء بإيصال الحقوق إلى صاحبه عند تعينه... يثير مفاسد كثيرة منها: حرمان صاحب الحق من الانتفاع بحقه، وذلك إضرار به»[(٢)].

---

(١) المغني (٤/ ٥٠٣).

(٢) مقاصد الشريعة ص(٢٠٠).

وإذا تبين ما سبق يكون الأصل في تلك الدعوى (دعاوى القضاء المستعجل)قوله ﷺ: « لاضرر ولا ضرار »، والله أعلم.

وصلى الله على نبينامحمد وعلى آله وصحبه وسلم،،،

إعداد :

د / موسى بن علي فقيهي

